

**Avis du Comité économique et social sur la «Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur»**

*(COM(2002) 92 final — 2002/0047 (COD))*

(2003/C 61/25)

Le 4 mars 2002, conformément à l'article 95 du traité instituant les Communautés européennes, le Conseil a décidé de consulter le Comité économique et social sur la proposition susmentionnée.

La section «Marché unique, production et consommation», chargée de préparer les travaux du Comité en la matière, a élaboré son avis le 11 septembre 2002 (rapporteur: M. Retureau).

Lors de sa 393<sup>e</sup> session plénière des 18 et 19 septembre 2002 (séance du 19 septembre), le Comité économique et social a adopté le présent avis par 43 voix pour, 18 voix contre et 9 abstentions l'avis suivant.

**1. Introduction sur les régimes de propriété intellectuelle**

1.1. Les brevets industriels sont créateurs, au profit et dans les limites des revendications du déposant, d'un monopole d'exploitation temporaire de son invention, à certaines conditions. Les conditions de brevetabilité généralement admises en Europe s'appliquent à une invention de nature technique, qui ne soit pas évidente pour un «homme de l'art», et ainsi apporte une «contribution nouvelle à l'état de la technique». L'invention doit en outre «être susceptible d'application(s) industrielles». Il peut s'agir d'un objet technique ou d'un procédé (de fabrication) qui relèvent de l'univers matériel, par opposition à l'univers des théories, des idées, de l'immatériel.

1.2. L'obtention d'un brevet implique la preuve d'un progrès par rapport à l'état de la technique; les grands offices de brevets tiennent des bases de données sur les brevets délivrés qui doivent comporter une description et des explications permettant la reproduction de l'invention protégée; une composante essentielle du concept de brevet est en effet que le monopole temporaire accordé au déposant (contraire aux notions de libre concurrence et de libre marché) soit compensé par la mise dans le public des savoirs techniques et connaissances nouvelles apportées par l'invention, qui contribue ainsi directement aux transferts de technologies et à la diffusion des connaissances.

1.2.1. La qualité d'un brevet dépend, outre l'importance de l'innovation, de la qualité des compétences et expertises multiples mises en oeuvre, celle d'abord des inventeurs, et ensuite des experts et conseillers en brevets, des examinateurs des offices de brevets (connaissance approfondie de l'état de la technique, recherche d'antériorité reposant sur des bases de données de qualité constamment tenues à jour). En raison de la territorialité du droit matériel, le dépôt doit être effectué dans les divers pays où la protection est demandée, procédures

lourdes et coûteuses, qui ne se trouvent que partiellement simplifiées par la Convention de Munich de 1973 sur le Brevet européen (CBE) pour ses pays membres en Europe, et au plan international par le PCT (Patent Cooperation Treaty) qui permet d'étendre la protection au pays membre des conventions et traités pertinents de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI). L'OEB a qualité pour traiter les dépôts effectués dans le cadre du PCT.

1.2.2. Le Comité saisit l'opportunité de souligner à nouveau l'importance décisive de la protection efficace de la propriété intellectuelle et industrielle pour renforcer l'investissement, la compétitivité, l'innovation et donc la croissance des entreprises et la création d'emplois qualifiés dans la Communauté; il a déjà insisté, et réitère sa demande au Conseil, afin que les coûts de dépôt et les redevances périodiques restent modérés, pour que le brevet soit accessible en particulier aux PME-PMI. Or, ces coûts croissent en fonction du nombre de pays de dépôt et des traductions, d'où l'importance d'un brevet communautaire réellement accessible.

1.3. De manière claire, universellement admise, les créations intellectuelles, les découvertes et théories scientifiques fondamentales sur les propriétés de la matière, les mathématiques (équations, algorithmes, théorie des ensembles, calcul des probabilités, calcul matriciel, logique floue, etc.) qui trouvent à s'appliquer directement en informatique et dans la programmation des logiciels, ne sont pas susceptibles d'être brevetées. Les théories de la relativité ou la mécanique quantique, la découverte, de la radioactivité ou de la fission nucléaire, ne sont pas susceptibles de protection juridique, car il s'agit d'idées abstraites, de découvertes scientifiques fondamentales, bien que la radioactivité et la fission nucléaire par exemple soient susceptibles de servir de fondement théoriques à des applications industrielles à la valeur économique et sociale considérable (énergie, médecine).

1.4. Certaines créations intellectuelles, comme les oeuvres des auteurs littéraires, des peintres, photographes, plasticiens, cinéastes, musiciens, paroliers, etc. qui sont susceptibles d'être commercialisées sous diverses formes matérielles (publications sur divers supports) ou présentées en public, sont protégées par le régime du droit d'auteur. Depuis une bonne trentaine d'années, les logiciels informatiques ont été, au plan international (OMPI, puis OMC) et européen (droits nationaux ou exclusion de la CBE) couverts par le régime du droit d'auteur, mais certains pays (États-Unis, Japon, ...) ont modifié leur droit et admettent depuis peu les brevets sur les logiciels, voire sur des méthodes intellectuelles. La «nouveau» et «l'utilité» sont dans ces pays des critères suffisants, ce qui fait que beaucoup de brevets sont délivrés pour des inventions qui, en Europe, relèveraient du modèle d'utilité (confirmation d'achat par clic de souris via internet, mais aussi, et par l'OEB, un brevet sur un programme informatisé de choix de musiques à diffuser dans les supermarchés, ...).

1.5. Le droit d'auteur a d'emblée une portée plus directement internationale, puisqu'il ne nécessite pas de droits de dépôt et de redevances, bien que le droit matériel relève, comme le droit des brevets, toujours du droit national de chaque pays. Il est donc accordé facilement parfois sous réserve d'un enregistrement dans certains pays (Amérique latine, ...), ou d'une première publication dans d'autres («copyright» du droit anglo-saxon, ...), ou de tout moyen de preuve d'antériorité de l'œuvre et d'identité de l'auteur et ainsi, par rapport au brevet, généralement coûteux (50 000 à 150 000 EUR pour un brevet européen), le droit d'auteur est protégé pratiquement gratuitement et universellement.

1.6. Mais le rôle croissant de la recherche fondamentale et appliquée dans l'industrie, la place toujours accrue du savoir et de la connaissance et des composantes «immatérielles» dans les technologies nouvelles (les logiciels embarqués, les composants électroniques programmés, les machines «intelligentes» ou «virtuelles», etc.) font qu'il semble parfois plus difficile aujourd'hui de tracer une frontière nette entre les deux régimes juridiques principaux de propriété intellectuelle, sans pour autant remettre en cause leurs fondements essentiels. Avec des adaptations et une plus grande souplesse dans certains domaines, le brevet devrait continuer de s'appliquer aux procédés et inventions produisant des effets matériels, dans le monde physique, même s'ils incorporent à cet effet des logiciels ad hoc (freinage ABS, machines à commande numérique, instruments de guidage, etc.) mis en oeuvre par des ensembles de composants électroniques et des extensions d'entrée et de sortie (dont l'assemblage est assimilable à un ordinateur). De son côté, le droit d'auteur devrait continuer à s'appliquer aux créations intellectuelles et aux publications dans les domaines de la culture, de la littérature, de la science ou des logiciels informatiques, même si les supports matériels de ces oeuvres ont changé profondément dans certains domaines (supports

multimédia, réseaux électroniques, télévision), alors que leur copie et certaines utilisations illégales sont devenues relativement faciles; mais si cela affecte les méthodes et moyens de protection des droits, qui se sont d'ailleurs renforcés ces dernières années, le régime juridique de propriété reste, sous réserve d'adaptations, globalement adéquat.

1.6.1. Néanmoins, il s'agit de mieux définir les adaptations les plus appropriées aux régimes classiques de protection ou de définir des protections sui generis afin de garantir au mieux les droits de propriété intellectuelle touchant aux technologies nouvelles et à la société de l'information et de la communication sans faire obstacle à la diffusion des connaissances et des technologies. La réflexion s'est orientée, selon le cas, soit vers des régimes sui generis (topographies de semi-conducteurs, obtentions végétales) soit vers des aménagements plus ou moins profonds aux régimes juridiques traditionnels, pour les rendre plus flexibles et mieux adaptés à la nature des technologies et aux intérêts généraux de la société (par exemple, imposition de «licences nationales», ou de licences obligatoires bon marché, en matière de brevets sur les médicaments, afin de lutter contre des épidémies; limites au champ d'application de la protection dans les biotechnologies, etc.). Il s'agit de rechercher, c'est d'ailleurs un problème juridique et éthique classique, un équilibre entre l'exercice d'un droit légitime (droit de propriété intellectuelle, reconnu comme un droit de la personne humaine), avec les droits et intérêts légitimes des autres personnes et ceux de la société, dans le souci de l'intérêt général.

1.7. Un droit communautaire encore embryonnaire de la propriété intellectuelle et industrielle est d'ailleurs en développement (directives, logiciels, biotechnologies, schémas de circuits électroniques, marque communautaire, indications géographiques et appellations d'origine, ...); mais il faut regretter l'absence d'un brevet communautaire, dont la création a échoué au début des années 70 — ce qui a conduit à remplir ce vide juridique par le moyen le plus rigide, celui de l'intergouvernementalité: la convention de Munich de 1973 sur le brevet européen — CBE — et la création de l'OEB, l'Office européen des brevets —. Le brevet communautaire voit son avènement encore retardé au sein du Conseil par des difficultés politiques et juridiques sérieuses, notamment pour des raisons linguistiques (prétextes?) et en raison d'objections à la création d'une juridiction européenne spécialisée<sup>(1)</sup>, difficultés que le Comité souhaite voir surmontées au sein du Conseil.

1.8. Avec le développement des NTIC, notamment du réseau universel ouvert et interopérable que constitue l'internet, la création permanente de logiciels pour le fonctionnement des divers matériels qui composent ce réseau, espace de liberté d'expression et de communication autant que support d'une économie de réseau, et la création d'applications pour la communication, le commerce, la circulation de capitaux, l'éducation ou l'administration, il conviendrait de se poser des questions sur l'adéquation du système des brevets à ces

(1) Avis CES 282/98, JO C 129 du 27.4.1998.

nouvelles technologies. Alors que le droit d'auteur a été conféré aux programmes informatiques (compilateurs, langages, systèmes d'exploitations et applications); internet n'est pas breveté, ses instances régulatrices créent des normes et préservent l'universalité et l'interopérabilité du réseau mondial, qui constitue indéniablement un élément essentiel du développement des nouvelles technologies de la société de la connaissance et de la croissance de nombreux secteurs industriels et de services.

1.9. Mais l'universalité et l'interopérabilité ainsi que le faible coût d'accès à internet, essentiels pour la démocratie comme pour l'économie, sont parfois menacées par des dépôts de brevets affectant les standards internet et les logiciels essentiels à son fonctionnement, qui doivent rester autant que possible ouverts et en tout état de cause gratuits. Or, il s'agit d'une question fondamentale, et l'Europe devrait jouer un rôle plus actif pour préserver comme bien public inaliénable un outil de valeur universelle, aussi bien pour les entreprises, pour les universités et les centres de recherche qui ont un rôle essentiel dans son développement comme dans l'innovation logicielle, que pour les administrations ou les particuliers.

1.10. Les logiciels sont essentiels à la fois au développement de ces technologies de réseau, au perfectionnement des outils informatiques ou des automates divers dans l'industrie, et ils entrent dans un nombre croissant de services ou d'objets technologiques innovants dont certains bouleversent la vie quotidienne, la culture ou les relations sociales.

## 2. La proposition de la Commission

2.1. La directive demande aux États membres d'introduire dans leur droit interne, par la loi ou la jurisprudence, «la brevetabilité des inventions mises en oeuvre par ordinateur» (art. 1, champ d'application), et donc de contraindre les offices de brevets de tous les pays membres à délivrer des brevets pour ces inventions, comme le fait l'OEB malgré l'exclusion prévue dans la CBE, dans le but «d'unifier» la jurisprudence des tribunaux nationaux.

2.2. Les définitions inscrites dans l'article 2 indiquent ce que le projet de directive entend par de telles inventions et leurs caractéristiques.

2.3. L'exécution d'une telle invention implique l'utilisation d'un ordinateur ou d'un réseau informatique ou d'un autre appareil programmable (2.a.).

2.4. La définition donnée de la «contribution technique»: une contribution à «l'état de la technique» dans un «domaine technique» (article 2.b.), et non évidente pour un spécialiste, est classique, mais cette contribution technique «à première vue» innovante est «réalisée totalement ou en partie par un ou plusieurs programmes d'ordinateurs».

2.5. Sachant qu'un programme est une suite d'instructions dont la finalité consiste en un traitement de données numériques ou analogiques, la contribution technique est donc inséparable et largement sinon totalement dépendante de l'exécution d'un ou de plusieurs logiciels sur un calculateur électronique programmable ou un appareil similaire.

2.6. Mais toute «invention mise en oeuvre par ordinateur» est «considérée comme appartenant à un domaine technique» (article 3). Ainsi, le ou les logiciels (l'invention pouvant être intégralement mise en oeuvre par logiciel, c'est-à-dire consister en fait en un logiciel et la méthode ou le résultat d'un traitement de données, et éventuellement comprendre des bases de données), sont intégrés d'office à un domaine technique, et sont ainsi de facto considérés comme répondant à certaines conditions fondamentales de brevetabilité (invention à caractère technique, contribution à l'état de la technique).

2.6.1. L'article 4 (conditions de brevetabilité) exige pour la délivrance d'un brevet, outre les éléments précédemment définis, la condition supplémentaire classique selon laquelle l'invention doit être «susceptible d'application industrielle».

2.7. L'article 5 (forme des revendications) demande que l'invention soit revendiquée comme «produit», c'est-à-dire en tant qu'ordinateur ou réseau informatique programmés ou en tant que «procédé» réalisé à travers l'exécution d'un programme.

2.8. Mais l'article 6 maintient les conditions d'application de la protection des logiciels par le droit d'auteur en Europe, contenues dans la directive 91/250/CE, et permettant le reverse engineering ou la décompilation à une fin d'interopérabilité, ou une copie personnelle de sécurité des logiciels; sont aussi maintenues les dispositions relatives à la topographie des semi-conducteurs et aux marques.

## 3. Observations générales

3.1. La directive permet de breveter un ordinateur ou un réseau programmés, ou un «procédé» réalisé par l'exécution d'un programme. Toute innovation réalisée de cette manière est en effet considérée d'office comme «appartenant à un domaine technique», même si le résultat est obtenu en totalité par le fonctionnement d'un logiciel. La porte semble ainsi grande ouverte au brevet logiciel, puisque aucun matériel électronique programmable ne fonctionne sans logiciels, et que la distinction entre logiciel «en tant que tel» et «logiciel

produisant des effets techniques», fruit d'une casuistique juridique, est indéfinissable en pratique puisque tout logiciel est destiné à un ordinateur ou à des composants électroniques, soit comme système soit comme application, et cette extension du champ d'application de la brevetabilité pourrait être ensuite étendue sans limite, aux logiciels et aux méthodes intellectuelles, au fil des «jurisprudences» successives des chambres techniques de l'OEB, pour ignorer l'exclusion prévue dans l'article 52 CBE.

3.1.1. Même si le champ d'application de la directive proposée par la Commission concerne pour l'instant les inventions mises en oeuvre par ordinateur, auxquelles sont attachés les critères cumulatifs classiques délimitant le domaine d'application de la brevetabilité, ce qui ne satisfera pas les partisans de l'abolition pure et simple de l'abolition de toute limite au domaine d'application du droit des brevets, ce texte n'en constitue pas moins, de fait, une acceptation et une justification a posteriori de la dérive jurisprudentielle de l'OEB. Tout en présentant à première vue une position moins extrême que l'abolition pure et simple de l'article 52.2 CBE que souhaitent la direction de l'OEB et certains membres du Conseil, cette directive n'en serait pas moins une porte ouverte à la brevetabilité future de la totalité du domaine des logiciels, notamment par l'admission que «l'effet technique» peut être le fait du logiciel seul sur un ordinateur standard.

3.1.2. L'étape du brevet sur les méthodes d'affaires est d'ailleurs déjà envisagée par la direction de l'OEB, sur le modèle de l'interprétation interne appliquée aux logiciels (l'annexe 6 aux règles internes destinée aux examinateurs intitulée «Business Methods» est sans ambiguïté à cet égard). Par analogie pourraient entrer progressivement par la suite dans le champ de la brevetabilité d'autres domaines exclus, comme les méthodes pédagogiques, qui peuvent aussi être mises en oeuvre, comme les méthodes d'affaires, par des logiciels informatiques et par l'utilisation des réseaux électroniques, en particulier internet.

3.2. Or, un nombre croissant d'appareils contiennent des composants électroniques et des programmes informatiques: caméras et caméscopes numériques, avions et satellites, automobiles, instruments d'analyse en milieu industriel, systèmes de surveillance et d'alerte automatiques, robots industriels, machines-outils programmables etc. La liste complète serait longue et s'accroît continûment. Il serait donc essentiel de considérer qu'un «effet technique» ne peut consister qu'en une création ou un effet de nature matérielle, en une intervention dans le domaine de la physique.

3.3. Sinon, le fait que toute invention mise en oeuvre par ordinateur [et donc en totalité ou en partie par programme(s)] soit ipso facto considérée par le projet de directive comme faisant partie d'un domaine technique risque d'assimiler tous les logiciels utilisés à des inventions techniques relevant du

domaine du brevet, et de brouiller ainsi gravement la frontière entre les régimes juridiques applicables aux logiciels, selon qu'ils sont considérés «en eux-mêmes» ou considérés comme «mettant en oeuvre partiellement ou totalement une invention technique».

3.4. Ce brouillage est aggravé par l'article 6, qui semble maintenir le régime juridique du droit d'auteur pour les programmes actionnant les inventions ayant un «effet technique» nouveau, tout en les intégrant au régime du droit des brevets. Mais les dispositions autorisant la décompilation, le développement d'applications interopérables et la copie à usage personnel, prévues par la directive «logiciels» et plus généralement par le régime juridique du droit d'auteur, constitueraient, sous le régime des brevets, des contrefaçons ou des copies illégales.

3.5. Il est permis de s'interroger sur la finalité réelle d'une telle directive, en particulier au regard de l'exposé des motifs, qui s'ouvre sur des considérations relatives à la nécessité de protéger l'industrie du logiciel contre le piratage, et évoque presque exclusivement, dans les documents annexes à la directive, les logiciels et «l'industrie du logiciel», dont le poids sur la proposition semble d'ailleurs excessif quoique entièrement hors sujet, si le champ d'application était vraiment aussi limité que le soutient la Commission.

3.6. Les logiciels sont le fruit de processus modulaires, avec souvent le réemploi de portions entières de codes, et en même temps incrémentaux, à partir des fonctionnalités existantes; en outre, l'interopérabilité demande qu'il existe une compatibilité ascendante suffisante pour que les ordinateurs et composants antérieurs, ainsi que les applications antérieures n'aient pas à être remplacés à chaque nouvelle version du système d'exploitation ou des processeurs.

3.7. La complexité actuelle des logiciels est le fruit naturel d'un processus d'accumulation et d'élargissement des connaissances, processus commun aux activités intellectuelles et scientifiques, qui s'appuient sur les savoirs précédemment accumulés (ou sur leur critique). La connaissance scientifique et technique incorporée dans des objets techniques n'est pas de même nature que les composants matériels; ainsi, la connaissance peut être partagée, diffusée, donnée, sans perdre de sa valeur. En ce qui concerne les logiciels, les processus coopératifs de création logicielles au sein du monde universitaire ou des laboratoires de recherche publics, par exemple, participent de la diffusion du savoir indispensable à la société de la connaissance; le régime des brevets pourrait faire obstacle à ces coopérations, ainsi qu'à la libre diffusion de logiciels gratuits ou ouverts.

3.8. Étant donné la nature des logiciels, ainsi que l'absence d'examen approfondi et l'absence d'exigence de dépôt du code source dans les pays qui admettent le brevet logiciel, la porte serait ouverte en Europe, comme c'est déjà le cas dans ces pays, à des procédures judiciaires hostiles en contrefaçon, invérifiable si le code n'est pas publié, et même dans ce cas, des blocs de code importants seront forcément les mêmes (instructions courantes de gestion de données dans les programmes, algorithmes de tri, de compression d'image ou de texte, formats de

fichiers, etc.). Le risque d'une multiplication des procédures judiciaires exigeant des expertises techniques et juridiques coûteuses et longues, comme on le voit aux États-Unis, ne bénéficierait pas aux PME, qui risqueraient de disparaître même en gagnant le procès intenté par un compétiteur qui disposerait de la surface financière suffisante, ou qui pourraient être absorbées, ou contraintes à accorder des licences croisées, partageant l'innovation avec une entreprise dominante sans que cette dernière ait à consentir l'investissement initial de recherche. Ces procédés renforcent les concentrations et les pratiques anticoncurrentielles.

3.9. Aucune explication n'est d'ailleurs donnée par la Commission sur la manière dont le brevet protégerait mieux contre la copie des logiciels propriétaires que le droit d'auteur. Aucune analyse économique effective ne démontre l'effet positif affirmé des brevets portant sur les «inventions mises en œuvre par ordinateur» pour les PME-PMI. Les avis venus du secteur logiciel libre/ouvert, dont certains en faveur d'un régime sui generis, ont été écartés sous prétexte que seul le modèle propriétaire serait créateur de richesses et d'emplois, alors que le développement économique du secteur a pu, jusqu'ici, en Europe, s'effectuer sous le régime du droit d'auteur, et que ce régime n'a pas fait obstacle aux investissements. C'est donc l'avis d'une douzaine de grandes firmes de logiciels essentiellement non européennes, en faveur des brevets, qui a été retenu pour l'essentiel. L'opinion contraire d'autres firmes importantes a aussi été ignorée, ainsi que certaines contre-propositions en faveur d'un régime sui generis ou d'un modèle d'utilité aménagée.

3.10. La notion de réseau n'est pas non plus précisée dans le projet, c'est-à-dire qu'il pourrait s'agir d'internet; un brevet portant sur une invention mise en œuvre sur l'internet, espace public, et qui ne peut donc consister exclusivement qu'en un logiciel, devient envisageable dans le cadre du projet de directive. La liberté de l'internet, support essentiel de la société de la communication, de l'information, du savoir et de la connaissance, est en jeu.

3.11. La proposition de la Commission vient donc trancher dans un débat et dans un marché où les choix des consommateurs et le débat démocratique sont encore ouverts. Les brevets iront dans le sens du renforcement des positions monopolistes. Ils menaceraient l'existence du modèle libre/ouvert et les formes communautaires et désintéressées de développement, qui offrent des innovations et une alternative concurrentielle, qui rendent d'inestimables services à la société et à l'économie.

3.12. Convient-il aujourd'hui d'étendre les brevets, outils de l'ère industrielle, à des créations de l'esprit, immatérielles, comme les logiciels et au résultat de leur exécution par ordinateur? La réponse est tout à fait explicite et partisane dans la présentation de la proposition de directive et la fiche d'impact. Le champ de vision étroit adopté, partant du régime juridique des brevets comme motivation unique, sans considération suffisante des facteurs économiques, de l'impact sur la recherche, sur les entreprises européennes, donc sans vision d'ensemble, n'est pas en cohérence avec l'importance des enjeux de société, de développement et même de démocratie (e-administration, éducation, information des citoyens) qui sont en cause à terme.

3.13. Laisser à penser qu'il ne s'agirait, pour les trois ans à l'issue desquels une évaluation serait menée, que d'une sorte d'expérimentation réversible, alors que des droits seraient acquis, n'est guère plausible et créerait en toute hypothèse une insécurité, et même éventuellement un chaos juridiques. En réalité, un processus irréversible serait engagé, aux conséquences largement inconnues sur nos économies et nos sociétés, mais dont certaines tendances annoncent quelques-uns des traits: freins à l'innovation et à l'interopérabilité, risque de segmentation de l'internet et d'augmentation des coûts d'accès, pressions sur l'option des logiciels ouverts pour les consommateurs et sur son modèle de rentabilité pour les créateurs et les fournisseurs de services internet et de services de réseaux et d'applications adaptées utilisant ces logiciels.

3.14. Le Comité considère qu'en l'absence d'études économiques et d'impact indépendantes, sérieuses et approfondies, en particulier sur les PME-PMI, sur l'emploi, sur l'impact social à long terme, il serait hasardeux de légiférer précipitamment pour étendre le champ d'application du régime des brevets à un nombre indéfini de logiciels considérés comme produisant un «effet technique» mais qu'il conviendrait plutôt d'harmoniser le droit, et par ricochet, la jurisprudence des pays membres en confirmant, comme c'est déjà le cas dans la plupart des pays membres, la faculté de breveter des inventions techniques incorporant du code dédié spécifique indispensable à leur fonctionnement (mais pas celles qui consisteraient uniquement ou principalement dans le logiciel, ou utiliseraient quasi exclusivement des logiciels standards).

3.15. La proposition comporte clairement sous sa forme actuelle un risque de bouleversement du régime juridique pour les logiciels et d'autres créations intellectuelles, qui porterait atteinte aux conventions internationales administrées par l'OMPI et aux accords de l'OMC sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce. Le régime des brevets, appliqué extensivement dans certains pays dans les nouvelles technologies, a provoqué l'élimination ou la marginalisation dans des «niches» de nombre d'acteurs créatifs, en particulier des PME,

sur des marchés essentiels pour la croissance et la réalisation de la société de l'information et de la connaissance, et a conduit à intégrer dans le régime des brevets d'autres formes de création intellectuelle, comme les méthodes d'affaire (business methods), les méthodes d'enseignement, ou des algorithmes (cryptage, compression).

3.16. Le Comité économique et social estime que la proposition comporte également des risques sérieux d'accroissement des divergences des pratiques des offices nationaux et des jurisprudences, si la législation commune devenait plus ambiguë, au sein du Marché intérieur. Or, il semble que les jurisprudences nationales évoluent actuellement vers une meilleure homogénéité. Il faudrait étudier et favoriser à l'avenir, notamment une fois qu'un cadre communautaire clair de la propriété intellectuelle pourra être établi, cette harmonisation de manière appropriée, par exemple au moyen d'une méthode ouverte de coordination.

3.17. Une forme importante de protection des innovations logicielles, non évoquée, est le marché lui-même; une création innovante peut conquérir un marché et s'y maintenir le temps de compenser ses dépenses de recherche et de diffusion avant que d'autres concurrents ne proposent des solutions concurrentes; cette situation, étant donné la nature du marché des logiciels, est assez fréquente; par contre, si la concurrence est plus innovante ou de meilleur rapport qualité/prix, elle peut après un certain délai prendre des parts de marché, ce qui élargit le choix des consommateurs et réduit le prix des licences par la concurrence.

#### 4. Observations particulières

4.1. Un certain nombre de difficultés ou de spécificités inhérentes à la nature des logiciels font obstacle à une brevetabilité décalquée sur le même modèle que les inventions technologiques:

4.1.1. difficultés inhérentes à la connaissance de «l'état de la technique»; à la différence des bases de données existantes pour les inventions technologiques, comme celle de l'OEB ou celle de l'USPO (United States Patent Office) accessibles via internet ou sur CD-ROMs, il n'existe pas de bases de données concernant les logiciels. Une notion comme celle «d'état de la technique» est pratiquement indéfinissable pour les logiciels;

4.1.2. les PME-PMI ne disposent généralement pas des ressources techniques, juridiques et financières non seulement pour déposer des brevets, mais surtout pour faire face à des actions judiciaires hostiles en contrefaçon, particulièrement faciles à tenter en matière de logiciels; un fond européen ou des fonds nationaux devraient être constitués à cet effet, mais en leur absence; l'instauration d'une brevetabilité des logiciels laisserait ces entreprises dans une situation très exposée, voire critique, face à ces actions hostiles;

4.1.3. les logiciels consistent en ensembles d'instructions (code source), de plus en plus souvent indépendantes de la plate-forme technique ou système (cross compatibility), à des fins de portabilité et d'interopérabilité, notamment sur internet. Il existe beaucoup de similitudes dans des programmes écrits de manière indépendante dans un même langage de programmation, en raison des contraintes propres à chaque langage de programmation, à leur nature algorithmique — nombre de langages dérivent de langages précédents ou de combinaisons de langages —, aux programmes obtenus à l'aide de kits de développement dont certains n'exigent pratiquement pas d'écriture de code, comme dans la création de gestionnaires de bases de données ou de sites internet;

4.1.4. la notion «d'innovation» n'est donc pas aisée à définir; elle se résume souvent au plus ou moins grand nombre de fonctionnalités incluses dans des programmes différents relatifs à des buts similaires, ou à la façon de les «appeler»; mais les interfaces utilisateurs sont souvent similaires, soit en raison de l'utilisation des mêmes programmes de développement de logiciels pour une ou plusieurs plate-formes, soit dans un but d'interopérabilité: sinon les utilisateurs devraient apprendre une interface nouvelle pour chaque application;

4.1.5. un code doit faire l'objet d'une maintenance constante, pour corriger les bogues, les failles de sécurité, ou pour l'améliorer en fonction des besoins des utilisateurs. La maintenance est devenue une responsabilité essentielle de l'éditeur ou de sociétés de services informatiques, dans le contexte devenu stratégique de la sécurité des réseaux. En matière de défense, de production militaire et de plus en plus pour développer la e-administration, garantir la sécurité et la pérennité des logiciels, la confidentialité des informations ou des paiements, les autorités publiques demandent des logiciels ouverts, pour connaître le code source afin de garantir la maintenance du code, sa stabilité et sa sécurité, même en cas de disparition de l'éditeur. Le régime juridique du brevet pour les logiciels serait inadapté à ces priorités légitimes, sauf à prévoir de nombreuses dérogations, alors que le régime du droit d'auteur semble plus malléable et adaptable (directive logiciels);

4.1.6. le code n'est pas un «objet technique» classique, qui puisse faire l'objet d'un régime juridique standard existant pour les technologies matérielles. Dans les pays qui admettent le brevet logiciel, il n'y a pas de concepts clairs de «l'effet technique», de «l'activité inventive» ou de «modification de l'état de la technique» (impossible en fait à définir; le projet de création d'une base de données sur les logiciels a été abandonné aux États-Unis); l'état de la technique est indéfinissable; il faut en tirer les conséquences par rapport aux conditions de brevetabilité en Europe;

4.1.7. Il faut également admettre que les conditions actuelles de dépôt des «inventions mises en oeuvre par ordinateur», en particulier si elles consistent intégralement en un logiciel, ne répondent pas aux exigences normales d'un examen et d'un dépôt véritablement conformes aux exigences européennes en matière de brevetabilité, en l'absence de publication du code source du logiciel, ou à tout le moins de son interface utilisateur ou des formats de fichiers, dans un but d'interopérabilité. De plus, la question de la gratuité des licences pour les inventions portant sur le fonctionnement du réseau internet n'est pas évoquée.

4.2. Les logiciels souffrent comme les «produits» multimédia, de copies illégales, relativement aisées à réaliser malgré les diverses protections techniques ou logicielles parfois utilisées, et les problèmes de protection des droits d'auteur contre la copie et la diffusion de copies, sur les plans technique et juridique les rapprochent beaucoup, du point de vue des solutions à mettre en oeuvre, des autres productions intellectuelles et artistiques «multimédia», ainsi que sur le plan des techniques de copie et de diffusion illégales qui se sont particulièrement développées, notamment via l'internet; il existe par contre des différences beaucoup plus importantes par rapport aux méthodes à utiliser en matière de lutte contre la contrefaçon des objets techniques ou des produits matériels (1).

4.3. Il est parfaitement admissible qu'un objet technique complexe, dans lequel un logiciel embarqué non standard joue un rôle essentiel en temps réel (freinage ABS, robotique) et est en fait inséparable de l'objet, puisse justifier un dépôt de brevet pour la totalité de l'invention. Mais rien n'empêche non plus de séparer juridiquement ces composantes, chacune faisant l'objet d'un régime juridique distinct. C'est d'ailleurs le cas le plus fréquent en pratique. Une invention technique comme un agenda-ordinateur de poche électronique (Personal Digital Assistant, PDA) peut faire l'objet de plusieurs droits de propriété intellectuelle distincts: nom et marque commerciale, dessin (design), droit d'auteur sur le logiciel système embarqué, le logiciel de reconnaissance d'écriture, et les autres applications, brevets distincts sur diverses composantes comme l'écran tactile, le type de batterie, les composants électroniques (dont certains sont préprogrammés, voire programmables). Des logiciels embarqués standards existent, qui peuvent s'appliquer dans maints domaines, de l'ordinateur de poche à la navette spatiale en passant par le guidage de tout véhicule (comme QNX, qui est un standard de l'industrie, un logiciel ouvert, et fondé sur «Eclipse», un «moteur» logiciel créé et placé en Open Source par IBM; il existe aussi par exemple un «embedded Windows XP», un «Windows-CE», un «embedded BSD», un «embedded Linux», certains propriétaires, d'autres ouverts).

4.4. Par ailleurs, certains automates et logiciels dédiés à des productions lourdes ne sont souvent même pas brevetés, et restent internes à l'entreprise comme secrets de fabrication (d'ailleurs protégés dans certains pays, et qui pourraient l'être en Europe).

4.5. Aucune étude comparative, aucun argument ne démontrent que le brevet serait plus protecteur que le droit d'auteur pour les logiciels embarqués ou non. Dans le monde, le BSA estime à plus de 40 % du total des logiciels professionnels l'utilisation pirate en entreprise; dans certains pays, ce chiffre peut monter à 90 %, sans parler des copies à usage privé faites par le personnel des entreprises. Le multimédia, musique, cinéma, jeux électroniques, qui sont placés sous la protection du droit d'auteur connaissent des problèmes de copie analogues. Il n'est pas indiqué ni démontré non plus en quoi le régime du droit d'auteur, qui permet de rassembler des capitaux considérables dans le cinéma ou la musique, ne serait pas en mesure de faire de même pour le logiciel, et qu'il faudrait pour cela changer son régime juridique.

4.6. Si les PME-PMI européennes ne recourent pas davantage au dépôt de brevets, les raisons en sont connues et ne seront nullement résolues, même partiellement, par le projet de directive sur les «inventions mises en oeuvre par ordinateur». Il s'agit d'abord, comme le Comité l'avait souligné dans des avis précédents (2), de l'absence d'un véritable brevet communautaire, accessible techniquement et financièrement.

4.7. Le Comité exhorte le Conseil à prendre rapidement une décision, mais il faudrait réviser ou compléter certains des textes existants, dans le respect des normes internationales en vigueur, qui n'empêchent pas des régimes spécifiques, plus protecteurs par exemple.

4.8. Enfin, s'agissant de l'innovation, le Comité a déjà souvent souligné que les efforts de financement de la recherche fondamentale et de la RD étaient notoirement insuffisants.

4.9. Ce sont là, pour le Comité, les véritables priorités. Le Comité estime donc que des études économiques et juridiques plus poussées et indépendantes, ainsi que l'avis de tous les secteurs et acteurs concernés doivent être réétudiés de manière réellement objective, sans préjugés, avant de modifier irréversiblement le droit de la propriété intellectuelle, même de façon limitée à une partie du secteur logiciel, en raison des conséquences profondes qu'aurait l'initiative sur le champ d'application de la brevetabilité.

(1) Avis CES 701/2001, JO C 221 du 7.8.2001.

(2) Avis CES 411/2001, JO C 155 du 29.5.2001 et Avis CES 921/2001, JO C 260 du 17.9.2001.

## 5. Conclusions

5.1. La question du régime juridique de la protection des logiciels de toute nature contre l'appropriation induite, la copie illégale ou la contrefaçon est, comme dans d'autres secteurs, posée, mais faut-il pour autant modifier de manière irréversible, le régime juridique applicable, comme cela avait aussi été projeté par la suppression de l'exclusion des logiciels dans l'article 52 CBE, sans une réflexion préalable plus approfondie entre toutes les parties prenantes et du point de vue de l'intérêt général? Le Comité estime que la réflexion globale sur l'approche européenne et les principes d'harmonisation en matière de propriété intellectuelle doit être préalable à toute évolution fondamentale, en vue de constituer un cadre cohérent de règles au sein du marché unique.

5.2. Le Comité estime que la Commission, le Conseil et le Parlement ont à prendre en considération les questions de la propriété intellectuelle dans une vision d'ensemble cohérente et harmonisatrice de la propriété industrielle et intellectuelle dans leurs diverses composantes, en relation avec les objectifs politiques et économiques de l'Union, notamment ceux définis à Lisbonne. Le Conseil Marché intérieur de mai 2002 rappelait à nouveau le caractère prioritaire du brevet communautaire.

5.3. Il n'est pas démontré dans les documents de présentation et d'impact de la Commission, ni par l'unique étude commanditée à un office national de brevets, que la protection juridique conférée par le droit d'auteur serait moins efficace en ce qui concerne les logiciels que le brevet industriel. L'impact sur les utilisateurs (consommateurs) n'a pas non plus fait l'objet d'une évaluation; en quoi bénéficieraient-ils d'un changement de régime juridique, qui s'avérerait très coûteux pour les entreprises? L'impact sur l'emploi n'est pas non plus défini. La protection des inventeurs salariés ou travaillant en sous-traitance n'est également pas évoquée, alors qu'ils jouent un rôle essentiel dans ces «productions» immatérielles.

5.4. Le Comité préférerait que ce projet de directive soit sérieusement revu, et estime que la Commission devrait plutôt passer à une véritable étape politique et juridique de mise en cohérence des questions de propriété intellectuelle et industrielle sur le plan communautaire, en liaison avec la recherche et l'innovation et leur financement, et mener à bien en priorité le projet de brevet communautaire, dans le plein respect des engagements internationaux de la Communauté vis-à-vis de l'OMC et des pays membres vis-à-vis de l'OMPI et de la CBE dans sa forme actuelle. Mais ne conviendrait-il pas plutôt de communautariser la CBE et l'OEB? Sinon, les tentatives

d'harmonisation communautaires resteront en retard et dans la dépendance d'une organisation non communautaire, compétente sur un seul des segments de la propriété intellectuelle, et qui tend naturellement à étendre son champ particulier de compétences et ses sources de revenus, mais ne perçoit pas naturellement, à partir de son point de vue spécifique, le caractère global et complexe des questions de propriété intellectuelle, ni la nécessité d'une plus grande flexibilité ou d'une plus grande variété des régimes juridiques en ce qui concerne les nouvelles technologies.

5.5. Il existe certainement des solutions juridiques nouvelles et adaptées à la réalité de l'élévation continue de la contribution intellectuelle-scientifique et donc de la composante dite «immatérielle» dans les innovations technologiques, qui demandent un examen approfondi et des consultations avec toutes les parties et intérêts concernés, y compris des utilisateurs finaux, en gardant à l'esprit les engagements internationaux envers l'OMPI et l'OMC, afin à la fois de protéger l'innovation, tout en assurant les transferts de technologies et la diffusion des connaissances, qui constituent des piliers essentiels de la protection juridique de l'innovation technologique et leur seule justification comme exception au droit de la concurrence; ces objectifs ne devraient pas s'effacer au profit de la constitution de situations de monopoles ou de dispositifs de contrôle technologique excessivement longs sur les PVD ou les NPI.

5.6. Pour le Comité, la qualité des instruments juridiques, brevets ou droit d'auteur, l'efficacité de leur protection, et surtout la qualité même des innovations sont seules en mesure d'attirer les capitaux sérieusement intéressés à leur développement. Aussi est-il important que le législateur européen élabore des règles communes claires à cet effet, afin de préserver le niveau élevé des normes européennes de protection.

5.7. Par rapport à la proposition de la Commission, le Comité considère qu'il convient d'harmoniser les législations et, par ricochet, les jurisprudences des tribunaux des États membres en confirmant, comme c'est déjà le cas dans la plupart d'entre eux, la faculté de breveter des inventions techniques incorporant un code dédié spécifique indispensable à leur fonctionnement dans la mesure où les exigences relatives à la brevetabilité d'une invention sont satisfaites. En revanche, s'agissant d'inventions techniques pour lesquelles l'innovation réside principalement voire entièrement dans le logiciel, ou qui au contraire innove au plan technique mais utilisent exclusivement ou principalement des logiciels standards, le Comité estime qu'il est impératif de procéder à des études juridiques approfondies, portant notamment sur les questions de définitions et de délimitation, en vue d'harmoniser l'application de chacun des régimes juridiques respectifs de protection de l'innovation en Europe. Il conviendrait également de procéder à des études économiques telles que des analyses

coûts-bénéfices, et d'impact en termes financiers et d'efficacité de la protection, en particulier pour les PME-PMI, ainsi que de coûts et de droits et garanties pour les consommateurs.

5.8. Le Comité partage pleinement le point de vue des entreprises, des industries et des services basés en Europe, et celui des auteurs et des utilisateurs, qui attendent une réelle cohérence de politique économique et de recherche avec la législation nécessaire à une protection efficace et harmonisée des différentes formes de propriété intellectuelle.

5.9. Les mesures politiques et budgétaires et les instruments juridiques doivent garantir un encouragement accru à l'innovation scientifique et à l'innovation technologique, qui sont aujourd'hui indissociables, stimulant ainsi une croissance et une compétitivité durables, génératrices d'emplois qualifiés grâce à l'innovation, afin de promouvoir l'économie du savoir et de la connaissance que l'Europe entend réaliser, avec le plein soutien du Comité, et qu'elle devrait mieux partager avec les pays en développement.

Bruxelles, le 19 septembre 2002.

*Le Président*

*du Comité économique et social*

Göke FRERICHS

---

ANNEXE

**à l'avis du Comité économique et social**

Les amendement ci-dessous ont été repoussés, mais ont recueilli au moins un quart des voix exprimées:

**Paragraphe 3.12**

Supprimer.

*Exposé des motifs*

La proposition de directive n'étend pas le champ de brevetabilité. L'OEB a déjà délivré des milliers de brevets pour les inventions mises en oeuvre par ordinateur. La proposition de directive vise à unifier les interprétations, étant donné les jurisprudences nationales divergentes dans certains pays, en particulier l'Allemagne et le Royaume-Uni.

**Paragraphe 3.13**

Supprimer.

*Exposé des motifs*

Le texte est trompeur. Comme indiqué précédemment, l'OEB a déjà délivré des milliers de brevets pour les inventions mises en oeuvre par ordinateur (environ 25 000 d'après les déclarations du représentant de la Commission lors de la réunion de la section TEN). Des droits existent déjà, et existent en Europe depuis que l'OEB a commencé à délivrer de tels brevets, après la publication de la décision «Sohei» n° T969/92. Le «chaos juridique» que la directive risque soi-disant d'entraîner devrait dès lors être déjà une réalité, et pourtant ce n'est pas le cas. Comme il a déjà été dit, la directive a pour but de codifier, dans le cadre de la législation sur la propriété intellectuelle, la pratique existante selon laquelle des brevets pour les inventions mises en oeuvre par ordinateur, y compris les logiciels, sont déjà délivrés en grand nombre.

**Paragraphe 3.14**

Supprimer.

*Exposé des motifs*

Ici aussi, le texte prétend que la directive modifie les dispositions relatives aux brevets, mais c'est faux. Elle codifie la pratique existante selon laquelle des brevets pour les inventions mises en oeuvre par ordinateur sont délivrés par l'OEB (comme le font également les offices des brevets américain et japonais, l'USPTO et le JPO).

**Paragraphe 3.15**

Supprimer.

*Exposé des motifs*

Le texte comporte des généralisations trompeuses. Les méthodes d'affaire sont brevetables aux États-Unis, mais pas dans le cadre de l'OEB ni du JPO. Un algorithme en tant que simple formule mathématique ne peut être breveté nulle part au monde. En revanche, l'utilisation d'un algorithme dans une nouvelle invention résolvant un problème technique est brevetable dans la plupart des juridictions. Selon le paragraphe 3.15, la directive aboutira à la création de brevets pour les méthodes d'affaire, les méthodes d'enseignement ou des algorithmes (purs). Ce n'est pas vrai. Elle codifie la pratique existante selon laquelle des brevets sont délivrés pour les inventions mises en oeuvre par ordinateur qui sont nouvelles, inventives et produisent un effet technique. La directive ne change rien à la pratique actuelle, et n'apporte aucune modification à la brevetabilité des méthodes d'affaire ou des algorithmes.

*Résultat du vote*

Voix pour: 27; voix contre: 27; abstentions: 6.

---